

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO
NOME: RONALDO TRISTANTE

**A Investigação Preliminar no Processo Penal brasileiro: O Inquérito Policial
defensivo como base de um Sistema Processual Penal Acusatório**

Artigo apresentado como requisito de aprovação na disciplina
de Trabalho de Conclusão de Curso II. Curso de Graduação
em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade Federal
do Paraná.

Orientador: **Prof. Doutor Marco Aurélio Nunes da Silveira**

CURITIBA
2019

1) INTRODUÇÃO

Muito já foi discutido a respeito da igualdade de tratamento entre os indivíduos, não só no ramo do direito penal, mas em todas as relações humanas. Porém este tratamento igualitário alcança enorme relevância quando o bem jurídico tutelado é a liberdade individual. Tão importante é esse direito que o direito penal deve ser a *ultima ratio* na resolução dos conflitos entre as partes, haja vista ser a liberdade um de nossos maiores valores enquanto seres humanos.

A busca pela igualdade de partes no processo penal¹, entretanto, não é tarefa fácil. A função de promover a igualdade processual não cabe somente ao juiz da causa, mas também ao legislador, que deve buscar a isonomia das partes na relação processual durante a elaboração normativa.²

Esta igualdade formal significa que todos são iguais perante a lei, não podendo haver distinções ou discriminações. Entretanto, aduz Gustavo Henrique Badaró que não basta apenas a busca dessa igualdade formal, mas sim uma igualdade substancial para um efetivo tratamento igualitário³.

Sob este aspecto, em um universo de vários países, o Brasil situa-se no rol daqueles em que o acusado e seu defensor são meros expectadores dos atos da fase pré-processual penal - fase de investigação preliminar - da qual o inquérito policial é o principal modelo adotado no país.

Parte da doutrina acredita que esta fase investigatória teria caráter meramente informativo, no sentido de embasar a decisão do Ministério Público em oferecer ou não denúncia, em relação ao acusado, ao Poder Judiciário ou, em sentido contrário, solicitar seu arquivamento, não sendo, portanto, como dizem,

¹ “A ideia de processo como método de solução de conflitos por um terceiro desinteressado pressupõe que os sujeitos interessados sejam tratados de forma igualitária. Há uma estreita relação entre as garantias da imparcialidade do juiz e da igualdade de partes. O juiz imparcial é aquele que trata as partes de forma igualitária”. (BADARÓ, 2018, p. 63)

² BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 6. ed. rev., atual. e ampl. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2018, p. 63.

³ “A igualdade formal significa que todos são iguais perante a lei, que não pode estabelecer distinções ou discriminações entre sujeitos iguais. Todavia, a realidade demonstra, de forma incontestável, que os sujeitos são substancialmente desiguais e esta desigualdade se potencializa no processo penal em que de um lado há o Estado, com todo o seu poder e aparato oficial, e de outro o indivíduo, em uma situação de inferioridade, quase que de mera sujeição. Não basta, pois, a mera igualdade formal. No processo penal deve ser buscada uma igualdade substancial. É insuficiente proclamar que todos são iguais. É preciso criar mecanismos para reequilibrar os pratos da balança e, efetivamente, tratar desigualmente os desiguais para que se atinja a verdadeira igualdade”. (BADARÓ, 2018, p. 63)

utilizado pelo juiz em seu convencimento, para o correto acerto do caso penal⁴. Defende-se que as provas que servirão ao desenvolvimento do processo deverão ser colhidas na fase processual, após a denúncia, respeitando o corolário do contraditório e da ampla defesa, previstos no texto constitucional brasileiro..

Nota-se, porém, que nos casos concretos, que além de possuir realmente um caráter informativo, que serve para dar embasamento à denúncia, indicando os indícios de autoria e prova de materialidade criminosa, também contribuem para a decisão do magistrado no momento em que este é chamado a decidir a ação penal com o proferimento da sentença penal, condenatória ou absolutória.

Entretanto, outra parcela da doutrina prega uma maior participação da defesa na instrução probatória, nivelando assim as condições entre acusação e defesa. Nota-se, porém, a ausência de previsão normativa específica, que sirva de suporte jurídico para dar à defesa do acusado as mesmas condições na busca de provas do que aquelas oferecidas aos órgãos estatais de investigação, notadamente a Polícia Judiciária e o Ministério Público.

Sob este aspecto, no direito brasileiro, muito se tem falado a respeito da necessidade de reforma do atual Código de Processo Penal⁵, haja visto seu caráter essencialmente inquisitório, onde o acusado não participa da gestão da prova, sendo apenas um objeto do sistema processual penal, como bem definido nas palavras do ilustre jurista e professor Jacinto Coutinho⁶:

(...) pode-se concluir que o sistema processual penal brasileiro é, na essência, inquisitório, porque regido pelo princípio inquisitivo, já que a gestão da prova está, primordialmente, nas mãos do juiz, o que é imprescindível para a compreensão do Direito Processual Penal vigente no Brasil.

A Constituição da República de 1988 prevê, como um dos pilares dos direitos e garantias individuais, o princípio do contraditório e da ampla defesa, trazendo em seu âmago a previsão de uma natureza acusatória da persecução penal pátria,

⁴ Lei 11.690/08: Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas.

⁵ Decreto Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941

⁶ COUTINHO Jacinto - Introdução aos Princípios Gerais do DPP. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, ano 30, n. 30, 1998, p. 167.

porém com o Código de Processo Penal de 1941 nitidamente sendo contrário a este preceito constitucional⁷,

Este modo de atuação no ordenamento jurídico brasileiro encontra-se na contramão do que é praticado em outros países, inclusive em relação a alguns de nossos vizinhos latino-americanos, que já praticam um sistema de persecução penal acusatório, baseado na oralidade⁸, em todas as fases do processo.

Este sistema tem como uma de suas principais características a busca pela celeridade processual, bem como objetiva a busca pela imparcialidade do juiz, ou seja, que ele se mantenha afastado das partes até o momento da sentença, retirando de suas mãos a gestão da prova e a transferindo para as partes – órgão de acusação e defesa – sendo então o juiz chamado ao final do processo para que se manifeste através da sentença decisória.

Nas palavras de Franco Cordero⁹, “vale a regra do diálogo: o que se faz *in judicio*, faz-se publicamente; as iniciativas dirigidas à formação das provas, em particular, são rituais e, portanto, eficazes na medida em que tenham sido realizadas na presença e com a participação das partes”. Ainda segundo o renomado jurista, não há dúvidas de que o caráter inquisitório é preponderante em nosso sistema jurídico, apesar que ainda se possa afirmar que nosso processo seja acusatório¹⁰.

Ainda, como ensina Franklyn Silva¹¹, “a pretensão acusatória depende de um suporte probatório mínimo para o seu exercício”. Para que tal pretensão seja alcançada, atualmente cabe à Polícia Judiciária e ao Ministério Público a obtenção de provas para a elucidação do caso penal. A coleta de informações e dados nesta

⁷ “...assim, seguem insistindo, contra a Constituição, em manter o Sistema Inquisitório, que se retira. antes de tudo, do CPP, em permanente conflito com o modelo constitucional que reclama um devido processo legal e, assim, incompatível, com aquele no qual o juiz é o senhor do processo, o senhor das provas e, sobretudo - como sempre se passou no Sistema Inquisitório - pode decidir antes (naturalmente raciocinando, por primário e em geral bem intencionado) e depois sair à cata da prova que justifique a decisão antes tomada”. (COUTINHO, Revista de Informação Legislativa, p. 109)

⁸ Dela decorre, igualmente, uma nova dimensão de outra garantia processual que é a da motivação das decisões, eis que produzida de uma forma distinta daquela presente no modelo escrito, a compreensão da causa pelo julgador”. (AMBOS, FAUZI, 2001, p. 70)

⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da, (organizadores). Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: estudos sobre a reforma do CPP no Brasil: volume 4. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, p. 18.

¹⁰ “A este respeito, não há a menor dúvida de que o nosso ordenamento contenha institutos de feição inquisitória; mas a ligação com o passado não se limita às normas e ao que prescrevem: inquisitório é o espírito em que as normas são frequentemente entendidas”. (COUTINHO, PAULA, SILVEIRA, p. 18)

¹¹ SILVA, Franklyn Roger Alves. Investigação criminal pela defesa, p. 77.

fase pré-processual, como já mencionado, obtidas sem a participação da defesa, contrariando o princípio do contraditório, são aquelas que muitas vezes influenciarão o magistrado no momento da prolação da sentença penal.

Tendo em vista este panorama, buscaremos com este trabalho nos concentrar no estudo da etapa de Investigação Preliminar, procedimento administrativo preparatório da ação penal, mais especificamente no instituto do Inquérito Policial, modo predominante de investigação durante esta fase da persecução penal brasileira. Apresentaremos as características atuais do inquérito policial, traçando um paralelo entre um sistema basicamente inquisitório e outro que possua em sua essência um caráter acusatório, de modo que se apresente de forma clara as vantagens de uma verdadeira participação mais efetiva da defesa em busca da verdade dos fatos

Para caminhar neste sentido, analisaremos o sistema investigatório italiano, onde até pouco tempo atrás adotava um modelo de investigação parecido com o que ocorre no Brasil nos dias de hoje, mostrando seus avanços e os problemas enfrentados desde a reforma legislativa naquele sistema processual..

Ao final deste trabalho, apresentaremos de forma sucinta as propostas de alteração na lei que tramitam atualmente no Congresso Nacional, apontando seus problemas e quais pontos levariam a uma maior participação da defesa no sistema de persecução penal pátrio. Transcrevemos também alguns artigos do projeto de lei, mostrando ainda uma ligação forte com o Código de Processo Penal atual, que basicamente resgatam artigos com o mesmo teor.

2) A INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR NO BRASIL

Para um correto entendimento do que seja a investigação preliminar no ordenamento jurídico brasileiro, cabe que se inicie pela conceituação do que seria este instituto, apresentados por alguns dos mais renomados juristas brasileiros.

A partir dessa premissa epistemológica, uma possível definição é trazida pelo professor Aury Lopes Jr., que ensina que, apesar de não constar de maneira clara no Código de Processo Penal, pode ser extraída dos arts. 4º e 6º do CPP como sendo “a atividade desenvolvida pela polícia Judiciária com a finalidade de averiguar o delito e sua autoria”. (LOPES JR, 2006, p. 39)

“Não é o inquérito policial mera peça administrativa porque constitui-se, na verdade, em processo policial judicializado, conquanto despidido de rigidez procedimental”. E dessa maneira que Édson Luís Baldan¹² define o inquérito policial. Ainda segundo o renomado jurista, é processo no sentido de uma sequência de atos “lógica e cronologicamente concatenados” e judicializado por ser realizado por um órgão auxiliar do Poder Judiciário; valer-se de medidas judiciais para seus fins, como medidas cautelares ou interceptações telefônicas; o acompanhamento de seus atos pelo Ministério Público e Judiciário.

Ainda, segundo Gustavo Henrique Badaró, “o inquérito policial é um procedimento administrativo, de natureza inquisitória, escrito e sigiloso”¹³.

De posse destes conceitos, nota-se que a investigação preliminar é um procedimento administrativo que têm como função a busca de indícios de autoria e da materialidade criminosa. Para que esses objetivos sejam alcançados, esta fase pré processual deve garantir ao imputado as mesmas garantias encontradas no decorrer do processo, garantindo assim ao imputado que ele seja investigado seguindo-se estritamente os ditames de um devido processo legal¹⁴.

O direito à prova está consagrado em tratados internacionais aos quais o Brasil é signatário, bem como no art. 5º, LV da Constituição Federal, que prevê como corolário o princípio do contraditório e da ampla defesa¹⁵.

Presume-se então, deste arcabouço normativo, que do direito do imputado à um “defensor e da garantia de tempo e dos meios necessários para o exercício da defesa se insere a possibilidade de produzir provas na relação processual e, conseqüentemente, o direito à realização da busca e coleta de informações de interesse da defesa”¹⁶.

¹² BALDAN, Édson Luís. Investigação defensiva: o direito de defender-se provando. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 15, n. 64, jan./fev. 2007, p. 262.

¹³ BADARÓ, Gustavo Henrique. Processo Penal. 6. ed. rev., atual. e ampl. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2018, p 128.

¹⁴ “O inquérito policial não pode ser peça meramente inquisitiva porque o imputado, ainda na fase pré processual, como atrás afirmei, acha-se ungido pela garantia constitucional do “devido processo legal” que é antitético à uma inquisitorialidade cega” (BALDAN, 2007, p. 264)

¹⁵ Somente a prova penal produzida em juízo pelo órgão da acusação penal, sob a égide da garantia constitucional do contraditório, pode revestir-se de eficácia jurídica bastante para legitimar a prolação de um decreto condenatório. Os subsídios ministrados pelas investigações policiais, que são sempre unilaterais e inquisitivas - embora suficientes ao oferecimento da denúncia pelo Ministério Público -, não bastam, enquanto isoladamente considerados, para justificar a prolação, pelo Poder Judiciário, de um ato de condenação penal.(HC 73.338/RJ 1ª T. rel. ministro Celso de Mello)

¹⁶ SILVA, Franklyn Roger Alves. Investigação criminal pela defesa, p. 413.

Para que se efetive realmente a paridade de armas entre as partes de processo penal, pode-se afirmar que a investigação preliminar, não deve representar uma atribuição privativa do Estado, inferindo-se desta proposição a possibilidade da defesa em buscar fontes de provas em benefício do acusado.

A titularidade de investigação criminal realizada pela Polícia Judiciária não pode criar óbices ao particular de buscar, dentro de suas possibilidades, dados que sejam relevantes para compor sua carga probatória defensiva em um processo do qual seja imputado.

Mais do que um direito do particular, a investigação defensiva deveria ser incentivada e desenvolvida pelo Estado, a fim de atender o princípio constitucional de ampla defesa. Mas não é o que acontece atualmente no país, haja visto a dificuldade de participação da defesa nos atos pré processuais, notadamente no inquérito policial, pois muitas vezes essa participação defensiva é vista pelos órgãos do Estado como interferência indevida em suas atribuições..

O cenário atual prevê apenas o acesso às provas já documentadas no âmbito do inquérito policial, conforme súmula vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal.¹⁷ Esta súmula não resolve os problemas enfrentados pela defesa do imputado, pois o momento em que os elementos de provas são documentados é de responsabilidade do Delegado de Polícia, ou seja, fica a critério do chefe da polícia judiciária a disponibilização dos documentos e objetos aos defensores.

A possibilidade da realização da investigação defensiva no Brasil passa por alterações legislativas, tendo em vista que o atual Código de Processo Penal, de 1941, não prevê claramente tal possibilidade. Todavia, cabe ressaltar que na doutrina nacional, o tema está sendo cada vez mais discutido, principalmente no que tange ao papel desempenhado pelo Ministério Público no curso da investigação criminal no Brasil.

Esta idéia é trazida por Antônio Scarance Fernandes¹⁸, em sua tese de Doutorado da USP, in verbis:

A prática evidenciou que o Ministério Público, quando encarregado de dirigir ou supervisionar a investigação, foca sua atenção na obtenção de elementos

¹⁷ É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

¹⁸ Apud FERNANDES, Antonio Scarance. Rumos da investigação criminal no direito brasileiro. *Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel*, São Paulo, n. 21, p. 13.

que possam sustentar a sua futura acusação o que acaba prejudicando a pessoa suspeita, tendo em vista o risco de desaparecerem informes importantes para a sua defesa e demonstração de sua inocência. Decorre, daí, a preocupação em abrir ao investigado a possibilidade de investigação privada, como já sucede nos estados Unidos. Trata-se de assunto que, com o avanço do Ministério Público para a investigação também entre nós, provavelmente, passará a ser objeto de maior atenção.

Muito se fala também sobre uma crise no instituto do inquérito policial brasileiro, devido aos graves problemas e desvantagens desse sistema, sendo que praticamente existe unanimidade no mundo jurídico de que o inquérito policial “não satisfaz ao titular da ação penal pública, tampouco à defesa e resulta de pouca utilidade para o juiz (principalmente pela pouca qualidade e confiabilidade do material fornecido)”. (LOPES JR, 2006, p. 70)

Com o sistema em crise é natural que surjam sugestões de melhorias para uma maior qualidade e efetividade do instituto da investigação preliminar no Brasil, porém estas modificações não serão atingidas sem uma profunda reforma legislativa no Brasil, onde a comunidade jurídica tem muito a contribuir neste processo de modernização.

É cediço notar que no sistema brasileiro, o poder estatal confere à Polícia Judiciária e ao Ministério Público condições técnicas, financeiras e normativas que, em contraponto com a ainda incipiente investigação defensiva, quer seja pela omissão legislativa, pela incapacidade financeira da grande maioria dos imputados em arcar com as despesas investigatórias ou ainda pelo preconceito presente na sociedade em relação a essa possibilidade de participação da defesa em todo o processo, atribuem uma disparidade de armas que só tendem a aumentar o distanciamento do acusado ao pleno exercício do contraditório e da ampla defesa.

Ressalta-se, entretanto, que nosso ordenamento jurídico não veda tal prática investigatória, porém, além dos problemas já relatados, os advogados não possuem a prerrogativa de interrogar testemunhas coercitivamente, apenas de solicitar diligências, cabendo ao delegado de polícia acatar ou não essa solicitação. Outro problema que restringe a realização desta atividade defensiva é a possibilidade de o advogado ser acusado de tentar fraudar o processo acusatório, com a coleta de provas ao largo da investigação oficial, realizada pela Polícia Judiciária e eventualmente pelo Ministério Público.

A própria omissão da Ordem dos Advogados do Brasil sobre esse assunto contribui para que o advogado muitas vezes permaneça em estado de passividade em relação aos órgãos estatais, mantendo sobretudo uma postura reativa em relação aos argumentos trazidos pela acusação. O sistema jurídico brasileiro deve dar condições para que o advogado adquira uma postura proativa, em que se busque, lado a lado com o Estado, a busca pela verdade dos fatos, em prol de um efetivo exercício das garantias e dos direitos individuais, previstos e consagrados como cláusulas pétreas na Constituição da República.

Ademais dos problemas enfrentados nessa seara, como anteriormente já visto, a possibilidade de a defesa participar ativamente em todas as fases do processo, com o objetivo de assegurar uma “paridade de armas” entre acusação e defesa constitui um dos princípios fundamentais de um sistema processual penal acusatório. Esta participação ativa do defensor na persecução penal é conhecida como investigação defensiva, definida pelo professor Édson Luís Baldan¹⁹ como sendo:

“o complexo de atividades de natureza investigatória desenvolvido, em qualquer fase da persecução criminal, inclusive na antejudicial, pelo defensor, com ou sem assistência de consultor técnico, tendente à coleta de elementos objetivos, subjetivos e documentais de convicção no escopo de construção de acervo probatório lícito que, no gozo da parcialidade constitucional deferida, empregará para pleno exercício da ampla defesa do imputado em contraponto à investigação ou acusação oficial”.

O direito de defesa pelo acusado na fase de investigação preliminar apresenta duas garantias²⁰, quais sejam, a garantia formal e a garantia material. A primeira garantia toma como pressuposto a possibilidade de tanto o imputado, como a defesa técnica, alegarem elementos de prova em seu benefício, ou seja, trazer a esta fase pré processual elementos capazes de influir tanto no convencimento do delegado de polícia, responsável pela elaboração do inquérito policial, quanto na percepção do Ministério Público, responsável pelo oferecimento da denúncia ou pelo pedido de arquivamento do inquérito policial.

A garantia material, por sua vez, busca garantir ao imputado que não sofra medidas que visem a restrição de sua liberdade, bem como ações que violem sua

¹⁹ BALDAN, Édson Luís. Investigação defensiva: o direito de defender-se provando. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 15, n. 64, p. 269.

²⁰ BALDAN, Édson Luís. Investigação defensiva: o direito de defender-se provando. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 15, n. 64, p. 270.

intimidade ou a de seu domicílio, exceto se presente elementos razoáveis capazes de embasar tais medidas cautelares, como indícios de autoria e materialidade delitiva.

Existem ainda outros elementos capazes de justificar uma efetiva participação da defesa no processo probatório, como a necessidade da Polícia Judiciária e o Ministério Público buscarem cada vez mais o aperfeiçoamento de suas técnicas investigatórias, com a consequente evolução da investigação policial, a criação e o fomento de categorias profissionais, como investigadores privados e peritos, uma mudança de postura do advogado, deixando de lado o papel de mero expectador da investigação criminal, passando a ter uma postura mais ativa em relação ao processo e incrementando dessa maneira a importância do advogado criminalista.

Como visto, este modelo de investigação traz inegáveis benefícios²¹ ao processo criminal. Deste modo, passaremos, a seguir, a apresentar alguns modelos de investigação defensiva em outros países, sobretudo na Itália, a fim de subsidiar nossos estudos e verificar quão importante seria ao sistema processual criminal brasileiro a efetiva implementação desse modelo investigatório.

3) A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA NA ITÁLIA

Vários países possuem uma legislação mais avançada em relação ao Brasil no que tange às possibilidades da participação das defesas técnicas participarem ativamente das diligências investigativas que proporcionarão o convencimento adequado do magistrado. Assim também era na Europa, onde sobressaia a instrução provisória a cargo de juiz instrutor. Hoje, entretanto, na Itália, com o advento da Lei 479, de 1999, foi regulamentado a investigação pela defesa, e a Lei 397, de 2000, a ela deu estruturação.

Na Itália, país que passou por recente reforma²² em seu sistema processual penal, hoje em dia há uma divisão clara entre as partes envolvidas no processo,

²¹ “A vantagem perceptível dessa atividade é que permite à defesa preparar-se adequadamente e sustentar a própria tese, seja porque contribui a garantir o direito à prova em qualquer estado ou grau do procedimento, seja, enfim, porque volta-se a realizar cabalmente o princípio de paridade que, como dito, é a base do devido processo legal”. (BALDAN, 2007, p. 271-272).

²² “A introdução da redação do *comma 1* ao art. III e a concepção de processo justo ocorreram a partir da reforma realizada pela Lei Constitucional 2, de 1999, ainda que a Corte Constitucional italiana já tivesse definido essa conformação sistêmica”. (SILVA, 2019, p. 175)

desde a fase investigatória, até a etapa decisória, onde o juiz profere a sentença. Diferentemente do Brasil, o sistema italiano de persecução penal é genuinamente acusatório, ou seja, o juiz de instrução não é o mesmo que dará a sentença, garantindo assim a equidistância do órgão julgador da acusação e defesa.

Também há a garantia constitucional do princípio do juiz natural e da legalidade. Nota-se uma situação totalmente contrária há existente no processo penal brasileiro, onde muitas vezes o juiz muitas vezes cumpre o papel de gestor das provas, trabalhando praticamente lado a lado com o órgão de investigação e acusação, no caso brasileiro a polícia judiciária e o Ministério Público.

O sistema italiano preza pelo distanciamento do magistrado em relação às fases de investigação e por esta razão define vários juízes para conduzir o processo, cada qual em um momento diferente. Este ordenamento jurídico prevê diversas fases, desde a *notizia di reato* até a fase decisória, passando pelo momento da audiência preliminar, sendo cada qual presidido por um órgão jurisdicional diferente.

A persecução penal inicia-se, como já mencionado, pela notícia-crime, com a obrigatoriedade da ação penal pública ser conduzida pelo Ministério Público. A primeira fase é a chamada *indagini preliminari* (investigações preliminares), onde será dirigido por um juiz que não será o mesmo que decidirá no momento do proferimento da sentença. De mesmo modo, “o juízo responsável pelas medidas cautelares não será o mesmo que aprecia a causa e acompanha a fase investigatória” (SILVA, p 179).

Quando da audiência preliminar, outro juiz passa a ser responsável pelos atos, onde ele efetuará a valoração dos atos precedentes, julgando pela instauração do processo penal e consequente envio para o juízo competente, o chamado *rinvio a giudizio*. A audiência preliminar possui grande relevância no processo italiano, haja visto que é nesta etapa em que são valorados os atos realizados até então, decidindo pela instauração ou não do processo penal, com arquivamento ou envio para o outro órgão jurisdicional, para ser dado prosseguimento ao processo, encerrando-se assim a primeira fase processual.

Nesta etapa, podem-se ser adotados procedimentos especiais, dentre eles a possibilidade do acusado definir por qual rito ser processado, pelo caminho ordinário, onde todas as etapas processuais são cumpridas, sempre respeitando o contraditório e a ampla defesa, ou optar pela antecipação da decisão em audiência

de instrução (*giudizio abbreviato*)²³, tendo como benefício a redução de 1/3 de sua pena, ou quando for o caso de prisão perpétua, a pena é transformada em pena máxima de 30 anos²⁴.

O réu, no sistema italiano, possui a prerrogativa de produzir provas em seu benefício. O normativa jurídica italiana, mesclando regras processuais penais e princípios constitucionais, “estabelece o direito à prova e traduz uma das principais máximas do ordenamento jurídico, o direito de se defender provando (*il diritto di difendersi provando*)” (SILVA, p. 179 - 180).

A investigação defensiva italiana é atividade de natureza privada, pois não há a intervenção de agentes públicos e nem o poder coercitivo inerente aos órgãos estatais

O código de processo penal da Itália prevê o processo em fases, tanto especiais quanto comuns, partindo de uma investigação preliminar, passando por uma audiência preliminar²⁵, fase onde pode ser decidido pelo arquivamento ou prosseguimento da ação penal .

Caso o procedimento seja instaurado, o caso passa à jurisdição de outro magistrado, que até então não havia participado de nenhum ato pretérito em relação ao procedimento em análise, isto em função da necessidade de evitar uma contaminação nas decisões deste juiz, afastando assim a imparcialidade pretendida pelo legislador no momento da tramitação da lei processual penal. Esta fase é predominantemente oral, onde se realizam atos instrutórios necessários ao julgamento da ação penal.

O Código de Processo Penal italiano ainda prevê cinco procedimentos especiais, com o intuito de dar maior eficiência processual por intermédio da redução dos procedimentos comuns. Dentre eles destaca-se o *giudizio abbreviato*, momento em que o imputado pode buscar uma antecipação decisória, pela avaliação de que o contraditório nas fases subsequentes não lhe traga mais

²³ “Consistente em um procedimento especial regulado pelo livro sexto do Código de Processo Penal italiano”. (SILVA, 2019, p. 180)

²⁴ SILVA, Franklyn Roger Alves. Investigação criminal pela defesa - Salvador, Editora JusPodivm, 2019, p. 182.

²⁵ “A audiência preliminar é presidida pelo *giudice dell'udienza preliminare* (GUP), responsável por conduzir o ato processual e verificar se é caso de arquivamento ou de autorização de deflagração de ação penal, encerrando-se a primeira fase do processo penal italiano”(SILVA, 2019, p. 179)

benefícios, possibilitando assim uma atenuante e consequente redução significativa da pena.

Essa possibilidade de antecipação da decisão acarreta uma imposição tácita ao Ministério Público em buscar uma melhor qualificação em busca de investigações de maior qualidade, a fim de proporcionar melhores subsídios no momento da *giudizio abbreviato*, evitando assim a prática de denúncias genéricas. Nesta fase processual, o acusado e sua defesa pode apresentar o resultado de suas diligências investigativas, em um melhor equilíbrio de forças entre o *Parquet* e os defensores.

Além de solicitar o acerto do caso penal neste modelo de julgamento antecipado, pode ainda o imputado subordinar o pedido de antecipação à uma integração probatória necessária à decisão²⁶. A decisão de absolvição, neste momento processual, é irrecorrível. Caso haja oposição a este rito antecipado, o procedimento passa ao rito ordinário, onde pode haver a produção de novas provas pelas partes com suas respectivas contraprovas.

A investigação defensiva na Itália está fundada na lei 397/2000²⁷, onde aduz como um dos seus principais pressupostos a inviolabilidade do direito do acusado à uma defesa técnica e o direito de se defender provando. Porém, até a edição desta lei com suas garantias à atividade de investigação criminal defensiva, houve um árduo caminho a ser percorrido.

Durante um longo período, os atos de investigação realizada pela defesa foi censurada, haja visto a inexistência de uma previsão legal e a escassez jurisprudencial desta matéria, cumuladas com o receio de provocar um abalo psicológico em eventuais testemunhas. Outro óbice era o da estrutura do processo, onde havia apenas duas fases, sendo uma delas a instrução, que possuía um caráter sigiloso e o julgamento propriamente dito.

O juiz tinha o controle probatório em suas mãos, ou seja, era o gestor da prova. No momento da apresentação dos elementos de prova ocorriam os debates em contraditório, porém era vedada à defesa o exercício de uma investigação

²⁶ “Essa atividade integrativa ocorre com o propósito de o acusado indicar fatos que mereçam melhor esclarecimento para a apuração do delito e permitir também que o Ministério Público possa efetuar eventual contraprova”. (SILVA, 2019, p. 181)

²⁷ “Seria irresponsável afirmar que a origem da investigação criminal defensiva decorre da Lei 397, de 7 de dezembro de 2000, sem que fossem contextualizados todo o processo evolutivo em torno do citado diploma e o clima de resistência à referida atividade”. (SILVA, 2019, p. 207)

defensiva. A esta cabia atuar apenas durante o julgamento, com a possibilidade de apenas tecer críticas às provas apresentadas, sem ter contribuído para a sua produção.

Este aspecto inquisitorial do processo penal italiano foi superado com o advento do Código de processo Penal de 1988, passando para um modelo acusatório, onde foi prevista uma maior participação da defesa²⁸ e a imparcialidade da justiça penal durante o processo, pois passou-se a ter a atuação de diferentes juízes em momentos distintos da instrução criminal.

Enganou-se, entretanto, quem acreditou em uma atividade verdadeiramente defensiva com o surgimento deste novo modelo jurídico, pois a princípio, a investigação defensiva servia apenas para subsidiar a estratégia defensiva em juízo, e não com fins probatórios, apesar de ser previsto a possibilidade de o defensor efetuar a coleta de provas em benefício de sua tese defensiva²⁹.

Neste momento ainda subsiste uma lacuna normativa sobre essa matéria, causando muitas vezes a inutilização do procedimento investigatório defensivo em função de uma cultura em que apenas os elementos probatórios trazidos pelo Ministério Público eram considerados para a conclusão das investigações, sendo que os elementos trazidos pela defesa deveriam ser compartilhados com o órgão acusador estatal, sob pena de sua declaração de nulidade em juízo, por imposição da *Corte di Cassazione* italiana, que exigia este compartilhamento³⁰.

Este cenário foi alterado com a reforma que o código sofreu em 1995, que passou a admitir a remessa das provas obtidas pela defesa diretamente ao juiz, a fim de integrarem os autos do processo, buscando assim a quebra do monopólio de investigação exercido pelo Ministério Público, que em muitos casos buscava apenas elementos que fundamentassem uma condenação³¹, sem que isso caracterize

²⁸ “Com a reforma processual que outorgou às partes a gestão da prova, a defesa deixou de ser figura inerte na persecução penal, que se limitava a examinar os elementos oriundos da instrução, e passou a ter posição ativa, sendo dotada de poderes para buscar fontes de prova em favor do sujeito passivo”. (MENDES, 2009, p. 112)

²⁹ SILVA, Franklyn Roger Alves. *Investigação criminal pela defesa* - Salvador, Editora JusPodivm, 2019, p. 211.

³⁰ “Entendeu-se, inclusive, que na fase de investigação (*indagine preliminare*) o Ministério Público não era parte, o que afastava qualquer tipo de conflito entre o ordenamento e o particular, já que o objetivo do órgão era colher elementos positivos e negativos necessários à formação de sua opinião sobre o fato imputado. Por essa razão, todos os dados deveriam ser canalizados ao órgão de acusação”. (SILVA, 2019, p. 211).

³¹ “O pensamento da instituição também pela defesa foi, na Itália, fruto da verificação de que o Ministério Público, a quem fora passada a supervisão da investigação, conservava uma tendência

nulidade processual. Esta evolução normativa culminou com a edição da lei 397³² no ano de 2000, que passou a regular a investigação defensiva no curso do processo. Sob o título *Investigazioni Difensive*, foi autorizado a atividade da defesa em qualquer fase do processo, inclusive nas fases recursais e de execução penal

Apesar desse avanço normativo, a cultura jurídica italiana ainda necessitava ser modificada, pois mesmo com respaldo legal, houve uma certa resistência em se conceder ao defensor um papel mais atuante na investigação criminal, muito em função de um certo grau de preconceito sobre essa atividade.

Advogados que aceitassem um maior protagonismo poderiam ser punidos, quer seja do ponto de vista criminal, por contatos indevidos com testemunhas, ou do ponto de vista administrativo, em seus órgãos de classe profissional.

A magistratura italiana também demonstrou preocupações acerca do tema, pois ele significava um rompimento da tradição jurídica nacional, com uma suposta invasão de competência na fase pré processual do ordenamento jurídico.

Outra preocupação aventada foi em relação a possibilidade de surgirem grandes discrepâncias entre a atividade investigatória patrocinada por particulares e aquela patrocinada pelo Estado, destinada àqueles sem condições financeiras de pagar pelas investigações efetuadas em seu favor. Ainda surgiram argumentos de que investigações unilaterais, sem que haja um compartilhamento com a parte contrária, seria incompatível com o princípio do contraditório previsto na Constituição³³.

Apesar dessas dificuldades iniciais, tal procedimento foi finalmente previsto pelo legislador, adotando os critérios necessários a sua efetiva concretização³⁴.

Do ponto de vista formal, o vínculo entre defensor e o interessado em uma investigação criminal defensiva se inicia pela autorização, através de mandato,

natural de parte, posto devesse em tese também colher elementos do interesse da defesa". (Apud José Barcelos de Souza - MACHADO, 2009, p. 112)

³² " Na verdade, este diploma legal objetivou reequilibrar a posição das partes na persecução prévia, atribuindo ao defensor poderes investigatórios já previstos para o Ministério Público e a Polícia Judiciária". (MACHADO, 2009, p.114)

³³ "Pode-se dizer que a resistência à investigação defensiva era decorrente de uma implicância de determinados setores para com a advocacia do que um efetivo debate jurídico a respeito de uma atividade no contexto do espaço processual penal". (SILVA, 2019, p. 221)

³⁴ Com a aprovação do CPP de 1988 e a inclusão do art. 38

conferida ao advogado³⁵, investindo este no encargo do inquérito defensivo, através de um mandado, que precisa conter alguns requisitos para que possua eficácia.

O advogado investido pode atuar sozinho ou formar uma equipe que irá auxiliá-lo, composto por investigador privado e por um assistente técnico, que deve possuir conhecimento especializado em determinada área do conhecimento³⁶.

A investigação defensiva possui elementos de natureza privada, não contando com a participação de órgãos estatais. Ademais essa natureza privada, muitos consideram que esta atividade desenvolve uma importante função social, sendo muitas vezes atribuído ao defensor, em decisões judiciais, uma condição de agente público³⁷.

Uma vez iniciada a investigação defensiva, pode ela seguir através de dois modos distintos, que são o modo prospectivo, que se dá pela apresentação dos elementos de prova colhidos em um momento em que haja a possibilidade de manifestação das partes.

Outro modo que pode ser adotado é o preventivo³⁸, onde é permitido que se inicie a investigação antes mesmo de uma comunicação ao Ministério Público ou Polícia Judiciária a respeito do fato criminoso. Este modelo pode ser adotado para aqueles atos que não necessitam de autorização judicial para ocorrer pois, pelo fato de os órgãos de investigação estatais ainda não terem sido notificados, não é possível provocar os órgãos jurisdicionais em busca de autorizações judiciais.

A investigação defensiva preventiva requer a adoção de certos cuidados para ela ser bem sucedida. É necessário que durante as diligências sejam adotados medidas de prevenção que evitem que se cause prejuízo na aquisição de provas pelas partes envolvidas no processo. Outro cuidado que possui uma relevância

³⁵ “Este instrumento de mandato previsto no art. 391-*nonies*, *comma* 2, do CPP italiano deve conter a assinatura autenticada do outorgante, a indicação do defensor otorgado e dos fatos a que se refere a investigação”. (SILVA, 2019, p. 223)

³⁶ “O defensor contratado, a depender da complexidade da investigação, pode contar com um defensor substituto, no caso de faltas ou impedimentos, além de uma equipe de apoio composta por um investigador privado (*investigatore privato*) e um assistente técnico (*consulente tecnico*), cujo encargo de atuação deve ser singularmente informado ao órgão judiciário, ...”. (SILVA, 2019, p. 223)

³⁷ “Pela leitura das normas italianas, em especial do art. 359 do Código de Processo Penal, percebemos que os particulares no exercício das atividades forenses não são encarados como funcionários públicos (*pubblici ufficiali*), mas tratados como pessoas que exercem um serviço de necessidade pública, a exemplo do defensor, do assistente técnico e do investigador privado”. (SILVA, 2019, p. 226)

³⁸ “o inquérito defensivo pode ser instaurado antes mesmo do inquérito policial, o que implica reconhecer que as duas investigações podem tramitar em paralelo, sem que o Ministério Público e defesa tenham ciência recíproca de existência das suas respectivas atividades”. (SILVA, 2019, p. 237)

importante está centrado no aspecto de se garantir a segurança do defensor e de sua equipe, pois a Itália continua sendo um país onde o crime organizado é forte e bem estruturado.

O inquérito defensivo só passa a existir pela manifestação de vontade da parte acusada, restando ao defensor uma autonomia e discricionariedade em proceder de acordo com seus métodos e procedimentos em prol de um maior benefício do seu clientes. Ao contrário do Ministério Público, que deve apresentar seus elementos probatórios após o final das investigações, a defesa pode optar pelo melhor momento de apresentação de suas provas, desde que a investigação promovida pela defesa tenha sido motivada por interesse próprio do imputado, ou seja, não tenha havido participação de outros agentes além dos outorgados no mandato de habilitação do defensor.

Entendimento diverso se dá no campo das provas irrepetíveis, onde a busca pela verdade do fato criminoso não autoriza o sigilo das investigações em face da parte contrária, o que pode acarretar sérios prejuízos no desenrolar dos atos processuais subsequentes.

A legislação proíbe a apresentação de provas parciais, ou seja não é possível disponibilizar apenas parte do conteúdo probatório, como por exemplo a citação de apenas parte de um depoimento. Uma vez juntada nos autos, essas provas tem que estar completas e corresponderem aos atos praticados durante sua produção.

Uma vez feita a apresentação das provas aos autos, estas passam a ser comuns às partes, não podendo mais serem retiradas dos autos. Como já mencionado, o defensor pode apresentar os elementos juntados durante o inquérito defensivo a qualquer juiz que esteja apto para decidir e em qualquer fase do processo.

Já a apresentação ao Ministério Público não é obrigatória, exceto se houver uma decisão judicial nesse sentido, pois enquanto não houver a unificação dos inquéritos defensivos e acusatórios, a parte contrária não terá acesso a seu conteúdo. Isso pode acarretar, segundo entendimento de parcela da doutrina, um prejuízo ao réu, uma vez que se o Ministério Público não tem acesso ao material da defesa que pudesse modificar seu entendimento, ele pode efetuar diligências a fim de comprovar a autoria do ilícito, o que pode prejudicar o réu.

Outra parcela da doutrina, entretanto, argumenta que como as provas unificadas são apresentadas para o juiz, caberá a este efetuar um juízo de valor sobre as provas, fragilizando assim a ideia de malefícios ao réu devido ao sigilo.

Dentre as várias possibilidades de obtenção de provas, destaca-se a tomada de declarações de testemunhas, seja de modo oral, seja por escrito. Neste modelo, deve-se informar à pessoa de quem se tomará o depoimento suas garantias constitucionais, bem como de que ela não é obrigada a prestar informações³⁹ ou se autoincriminar. A pessoa também deve ser informada que, caso aceite prestar suas declarações, não é admitida o falso testemunho⁴⁰, que pode prejudicar o trabalho da defesa e prejudicar o imputado. O não fornecimento dessas informações à testemunha pode acarretar a nulidade deste ato processual.

Porém, uma vez autorizada a entrevista, o declarante fica impossibilitado de prestar declarações falsas. Caso a pessoa tenha sido anteriormente inquirida pelo Ministério Público, ela fica impedida de revelar o conteúdo das perguntas e respostas realizadas durante a audiência com o *Parquet*. Não pode participar do ato de entrevista pessoal o imputado ou a vítima, a fim de se evitar a coação da testemunha.

Caso não aceite prestar declarações, a defesa poderá requerer ao Ministério Público a convocação⁴¹ da testemunha ou poderá requerer a instauração de um incidente probatório.⁴²

Também é um direito da defesa requerer documentos da administração pública, que só poderão negá-los, de forma fundamentada, nos casos de segurança de Estado ou segredo do próprio ofício. Já em relação a obtenção de documentos de particulares, a defesa não pode solicitá-los diretamente, mas sim deve requerer ao Ministério Público o seu sequestro em prol da instrução criminal.

Quanto ao acesso pela defesa dos locais dos crimes, esta é autorizada pela legislação, podendo ocorrer logo após o acontecimento do ato delituoso ou no decorrer do tempo, sempre que assim julgar necessário. Porém, o acesso deve ser

³⁹ “A pessoa que, convidada pela defesa para prestar informações, exerce a faculdade de não participar do ato de coleta de informações, autoriza que a defesa possa postular a produção do depoimento em conjunto com o Ministério Público ...”. (SILVA, 2019, p. 248)

⁴⁰ “Uma vez disposta a ser inquirida pelo defensor, não pode a pessoa prestar informações falsas”. (SILVA, 2019, p. 249)

⁴¹ “(a denominada *escussione in condominio* ou *incidente parainvestigativo*)”. (SILVA, 2019, p. 256)

⁴² “...inquirição feita perante o juiz, quando, então, a pessoa a ser indagada terá que responder às perguntas formuladas pela defesa, na forma de um incidente probatório...”. (SILVA, 2019, p. 257)

cercado de alguns cuidados e algumas limitações. Por exemplo, o defensor e a sua equipe devem preservar as condições do local intacta, caso ainda não estejam presentes representantes da Polícia Judiciária ou do Ministério Público, a fim de se preservar a cena do crime e não prejudicar as investigações dos demais polos da relação processual que se forma com o cometimento do crime.

Apesar dos avanços advindos da reforma legislativa, na prática essa modalidade investigativa ainda é incipiente na Itália, pois a reduzida jurisprudência sobre tema, passando pela desconfiança da magistratura em relação a uma participação ativa de um agente privado nos atos processuais e o consequente desestímulo da advocacia sobre este instituto tornam a consolidação da investigação criminal defensiva no sistema processual penal italiano um desafio a ser enfrentado e superado com o passar do tempo.

4) PROPOSTA DE ALTERAÇÃO LEGISLATIVA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL BRASILEIRO – PL 8045/2010.

O Código de Processo Penal brasileiro é datado de 1941, e apesar de já ter sofrido alterações pontuais, torna-se cada vez mais necessário uma reformulação mais ampla, buscando sua adequação às alterações e evolução da vida em sociedade desde sua promulgação até os dias de hoje. Ele, em muitos aspectos, já não atende aos anseios da sociedade, devendo passar por modificações, sendo que uma das modificações que se fazem mais urgentes é adaptar o modelo de persecução penal do sistema inquisitório para um modelo acusatório, mais moderno e já adotado em diversos países, inclusive por alguns de nossos vizinhos latino americanos.

Neste sentido, atualmente está em tramitação no Congresso Nacional o Projeto de Lei 8045/2010 (PLS 156/2009), que prevê a revogação do Código de Processo Penal, bem como a alteração de diversos dispositivos legais, dentre eles o Código Penal, de 1940. O último movimento de tramitação deste projeto de lei, no momento da elaboração deste artigo, é datado de 15/10/2019⁴³, com manifestação dos grupos de trabalho e convocações de audiências públicas com especialistas no assunto e com interesse de participação.

⁴³ Câmara dos Deputados - PL 8045/2010. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>

Já em seu art. 4º, o projeto opta pelo sistema acusatório, que caracteriza-se, como já explanado, pela clara separação entre juiz e partes, que assim deve se manter ao longo de todo o processo. Aduz o referido artigo do projeto de lei:

art. 4º - O processo penal terá estrutura acusatória, nos limites definidos neste Código, vedada a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão acusador”

Sob a perspectiva deste artigo, Felipe Amore Salles Santiago e Pedro Roque de Souza Carneiro defendem uma análise mais detalhada, pois o aludido artigo traz em si um ponto que pode gerar divergências de interpretação, justamente o trecho que afirma que “nos limites definidos neste código”, pois permite ao juiz interferir posteriormente alegando a supressão de dúvidas, negar à defesa apresentar contrarrazões ao entendimento do magistrado, dentre outros pontos sensíveis ao processo⁴⁴.

A estipulação de um sistema por um artigo, e não pelo todo do diploma legal, possibilita decisões autoritárias por parte de tribunais, acarretando assim uma série de recursos aos tribunais superiores para a imposição de limites à estas decisões arbitrárias⁴⁵.

Apesar de o Projeto de Lei deixar claro em seu art. 4º a opção pelo sistema acusatório como princípio, esta afirmação é enfraquecida quando da análise dos artigos 38 e 165 do aludido projeto, in verbis:

Art. 38. O órgão do Ministério Público poderá requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, seja por elementos por insuficiência de elementos de convicção, seja por outras razões de direito.

Parágrafo único. O juiz das garantias, no caso de considerar improcedente as razões invocadas, fará a remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador geral, e este oferecerá denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender⁴⁶.

⁴⁴ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da, (organizadores). *Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: estudos sobre a reforma do CPP no Brasil: volume 4*. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, p. 300.

⁴⁵ Ademais, à intervenção probatória do magistrado não se tem, pela lei, qualquer mecanismo de garantia que não atuará ele contra o réu; e sim a seu favor. Mais que jurídica, portanto, a questão se demonstrará ética; e os riscos da sobrevivência inquisitorial serão concretos dado se continuar a depender dos próprios juízes e, assim, da construção de uma cultura que os coloque, para sempre, no seu devido lugar, algo aparentemente muito difícil no início, enquanto não houver (contra o sistema atual) uma mentalidade constitucional arraigada. (COUTINHO, *Revista de Informação Legislativa*, Senado Federal, ano 46, nº 183, p. 114).

⁴⁶ Câmara dos Deputados - Projeto de Lei 8045/2010. Disponível em:

Percebe-se claramente que este artigo do PL 8045/2010 praticamente transcreve o texto do art. 28 do Código de Processo Penal vigente, conforme transcrito a seguir:

Art. 28. Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender⁴⁷.

No sistema acusatório, a gestão da prova cabe ao Ministério Público, com algumas manifestações da defesa, porém não é admitido a manifestação probatória do magistrado, que, desta maneira, não se comportaria como um juiz de garantias, mas sim como um juiz instrutor⁴⁸. Aury Lopes Júnior⁴⁹ bem define o papel de ação do juiz na fase preliminar, como sendo:

(...) a intervenção do órgão jurisdicional é contingente e excepcional. Isso porque o inquérito policial pode iniciar, desenvolver-se e ser concluído sem a intervenção do juiz. Ele não é um sujeito necessário na fase pré-processual e será chamado quando a excepcionalidade do ato exigir a autorização ou controle jurisdicional ou ainda quando o sujeito passivo estiver sofrendo restrições no seu direito de defesa, à prova, acesso aos autos etc., por parte do investigador.

Conclui-se que o parágrafo único do art. 38 do Projeto de Lei é contrário ao mandamento do art. 4º do mesmo diploma legal, pois este proíbe de forma clara a vedação da atuação do juiz na fase de investigação.

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/propmostrarintegra?codteor=831788&filename=PL+8045/2010>.

⁴⁷ BRASIL, Decreto-lei nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm.

⁴⁸ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da, (organizadores). Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: estudos sobre a reforma do CPP no Brasil: volume 4. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, p. 18.

⁴⁹ LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal, 15ª ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2018, Edição do Kindle, posição 2550.

Do mesmo modo, o artigo 165 do PL 8045/2010 manteve, em seu parágrafo único, o mandamento do inciso II do artigo 156 do CPP vigente, *in verbis*:

Art. 165. As provas serão propostas pelas partes.

Parágrafo único. Será facultado ao juiz, antes de proferir a sentença, determinar diligências para esclarecer dúvida sobre a prova produzida por qualquer das partes⁵⁰

O caput do artigo busca a essência do sistema acusatório, onde o juiz tem o papel de espectador do processo, porém, o legislador trouxe em seu parágrafo único a possibilidade do magistrado sanar suas dúvidas com diligências, em prol de seu pleno convencimento. Ora, isto é uma contradição com o almejado sistema acusatório, onde o juiz é chamado a decidir quando todos os elementos probatórios já foram apresentados e, em persistindo sua dúvida sobre a materialidade do fato ou sobre os indícios de autoria, deveria então proferir uma sentença absolutória, seguindo o princípio “*in dubio pro reo*”⁵¹

Outras normas mantidas na redação do PL 8045/2010 foram os institutos do *emendatio libellis* (art. 419) e *mutatio libellis* (art. 420), evidenciando dessa maneira que o projeto não se caracteriza por uma postura puramente acusatória, pois ainda mantém a discricionariedade do magistrado para decidir ao largo da denúncia proposta pelo Ministério Público. Ainda, como exemplo dessa situação, o art. 420 confirma esta condição de resquícios de um sistema inquisitivo na proposta de alteração legislativa. Aduz o art. 420⁵²:

Art. 420. O juiz poderá proferir sentença, nos estritos limites da denúncia, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, não podendo, porém, reconhecer qualquer agravante não alegada ou caso de aumento não imputada.

Diante do exposto, Bárbara Vargas Zambrana e Kênia Gabriele Coelho Souza concluem que “...asseverar que a orientação desse novo código é acusatória

⁵⁰ Câmara dos Deputados - Projeto de Lei 8045/2010. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/propmostrarintegra?codteor=831788&filename=PL+8045/2010>.

⁵¹ LOPES JR, Aury. Direito Processual Penal, 15ª ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2018, Edição do Kindle, posição 7641.

⁵² Câmara dos Deputados - Projeto de Lei 8045/2010. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/propmostrarintegra?codteor=831788&filename=PL+8045/2010>.

é uma verdadeira afronta com pesquisadores e defensores do sistema acusatório. A redação conforme se mantém não deixa imprecisões sobre a manutenção de um estatuto neo inquisitório” (COUTINHO, PAULA, SILVEIRA, 2018, p. 324)

Desta forma, fica claro que a mera possibilidade de o magistrado ter ainda em suas mãos a gestão da prova e conseqüentemente acesso à elementos probatórios que confirmem seu entendimento, “ a partir do momento que se permite, ou não se veda, a produção da prova por parte do juiz, temos um indício de incompatibilidade sobre o âmago do Código.

No tocante aos problemas analisados no projeto de lei, este traz a previsão de uma participação mais ativa da defesa na fase da investigação preliminar, garantindo ao acusado, por meio de seu defensor, buscar elementos de prova necessários ao elucidamento do caso penal em seu favor. Tal previsão pode ser demonstrada pelo art. 13⁵³ do PL 8045/2010, apresentado abaixo:

Art. 13. É facultado ao investigado, por meio de seu advogado, de defensor público ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas.

Vislumbra-se aqui uma nova força atuando durante o inquérito policial, ao contrário do código vigente, em que o acusado basicamente é um expectador do levantamento probatório. Mas essa ampliação do direito do acusado traz também novas responsabilidades aos defensores, que deverão buscar uma melhor capacitação profissional, a fim de atender as expectativas criadas por essa inovação legislativa.

O exemplo italiano pode ser um paradigma ao novo processo brasileiro, pois naquele país, a mudança não ocorreu de forma tranquila, haja visto, como já discutido anteriormente, que a mudança de cultura investigativa não é uma tarefa fácil, tanto por parte da doutrina jurídica, bem como em termos jurisprudenciais. Provavelmente encontraremos algumas das dificuldades enfrentadas na Itália, como o preconceito por parte da comunidade jurídica com uma participação mais ativa dos advogados na investigação preliminar, até então um “monopólio estatal”, bem

⁵³ Câmara dos Deputados - Projeto de Lei 8045/2010. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/propmostrarintegra?codteor=831788&filename=PL+8045/2010>.

como pela própria categoria profissional dos advogados, que estarão, a princípio, caminhando por caminhos desconhecidos.

Não menos importante será a tarefa de garantir aos menos favorecidos economicamente, que é a grande maioria dos processados criminalmente no Brasil, acesso a profissionais atuantes na seara investigativa.

Os demais artigos trazem as condições e os procedimentos a serem adotados tanto pela defesa quanto para os órgãos estatais pertencentes à relação processual. Nota-se que esta proposta de alteração legislativa buscar dar embasamento legal aos defensores e aos acusados de delitos criminais, concedendo-lhes garantias de produzir provas em seu favor sem a intervenção do Poder público.

Apesar dos avanços na proposta do projeto de lei, este conceito de investigação defensiva está longe de ser uma unanimidade, haja vista a resistência de parte da sociedade ante alterações na lei que beneficiem o réu, ante a visão equivocada de que isso traria uma maior impunidade.

Há também uma nova vertente política, baseada no conservadorismo, que busca, ao contrário de proporcionar melhores condições de contraditório e ampla defesa, um endurecimento nas regras processuais penais e de execução penal, inclusive com adoção de medidas que notadamente possuem um caráter, segundo juristas nacionais, de flagrantes inconstitucionalidades, como a atual proposta do Governo Federal de combate à criminalidade, o denominado “Pacote Anti Crime”⁵⁴ do Ministério da Justiça, que também está em tramitação na Câmara dos Deputados.

No momento da elaboração deste trabalho, a tramitação do projeto de lei encontra-se na fase de realização de audiências públicas, onde há uma participação efetiva da sociedade jurídica e acadêmica, a fim de se chegar a um bom termo na redação final do projeto que vai à votação no Congresso Nacional.

5) CONCLUSÃO

⁵⁴ “O chamado “Pacote Anticrime” do Governo Federal se refere a um conjunto de alterações na legislação brasileira que visa a aumentar a eficácia no combate ao crime organizado, ao crime violento e à corrupção, além de reduzir pontos de estrangulamento do sistema de justiça criminal. Constituída por dois projetos de lei ordinárias e um projeto de lei complementar, a proposta do Ministério pretende alterar o Código Penal, o Código de Processo Penal, a Lei de Execução Penal, a Lei de Crimes Hediondos, o Código Eleitoral, dentre outras normas”. (BRASIL, Lei anticrime, 2019)

Países como a Itália podem servir de modelo para que o Brasil evolua na questão do direito processual penal, tomando como exemplo a transição de um modelo inquisitivo para o acusatório, mais adequado para a implementação de um sistema de investigação direta pela defesa. Nossa legislação processual penal já mostra-se obsoleta e ultrapassada, não propiciando ao imputado um tratamento igualitário em relação a parte responsável pela acusação, contrariando assim alguns dos direitos e garantias individuais, consagrados na nossa Carta Magna.

O Projeto de Lei 8045 / 2010 traz, inegavelmente, avanços em relação ao Código de Processo Penal vigente, porém, como já abordado, muitos institutos que deveriam fazer uma transição definitiva para um sistema de persecução penal acusatório, ainda mantém resquícios inquisitoriais, pois não afastam da mão do juiz a gestão da prova. Alguns artigos propostos no projeto de lei são muito semelhantes a artigos já existentes no atual CPP, entrando em contradição ao texto trazido pelo art. 4º, que expressamente define o sistema processual penal proposto como acusatório.

O direito ao contraditório e a ampla defesa, vai muito além de uma garantia individual. Ela é uma garantia da sociedade como um todo contra o arbítrio do poder estatal, que com todo o seu aparato coercitivo estaria livre para aplicar sanções de acordo com suas convicções e conveniências.

A análise do instituto da investigação defensiva na Itália, como explanado durante a descrição de sua implantação e operacionalização naquele ordenamento jurídico, revela que o Brasil passa pelos mesmos problemas enfrentados pelos italianos antes da reforma legislativa em matéria processual penal realizado naquele país.

O modelo anterior, como o nosso, era basicamente inquisitivo, onde o imputado basicamente assiste ao transcorrer do processo sem poder intervir efetivamente em seu favor. Neste modelo também, a gestão da prova estava concentrada na mão do juiz, o que na prática afasta o princípio da imparcialidade do magistrado, alcançado concretamente quando este se mantém equidistante das partes.

Esta quebra de imparcialidade acontece basicamente pelo fato do juiz manter contato com as provas durante o desenrolar do processo, ou seja, acaba sendo

influenciado e tendendo a aceitar a linha argumentativa de uma das partes, mesmo que de forma involuntária.

A reforma do Código de Processo Italiano buscou mudar este panorama que se mostrava ineficaz para a efetividade de uma decisão justa, pois separou as atribuições dos juízes, garantindo que em cada fase do processo deve haver a atuação de um juiz diferente, ou seja, aquele que recebe e processa as provas não é o mesmo que profere a sentença penal.

Na carona dessa alteração normativa houve uma regulamentação da possibilidade de uma maior participação da defesa na busca pela verdade dos fatos. A partir desse momento, a legislação delimitou o alcance e profundidade da atuação da defesa no processo penal, que passou a figurar como um importante instrumento para a efetivação do que chamamos de “paridade de armas” na relação processual.

Assim como a Itália, a implantação de um modelo de investigação defensiva passa por uma profunda reforma processual penal, mudando também de um modelo inquisitivo para o modelo inquisitório.

Embora importante, somente a alteração do código não será suficiente para a efetividade deste instituto, pois, assim como na Itália, necessitamos também de uma mudança cultural, onde o Poder Judiciário, o Ministério Público, a Ordem dos Advogados do Brasil e a sociedade em geral devem estar cientes da importância de uma verdadeira “paridade de armas” entre as partes integrantes das relações processuais penais, a fim de ser efetivada durante a fase de investigação preliminar a possibilidade de o imputado contribuir para a elucidação dos fatos descritos na queixa crime, argumentando sobre elementos de prova trazidos pela investigação estatal, exercendo assim seu direito fundamental de participar ativamente de sua defesa e enfrentar, através do contraditório, aqueles fatos apresentados contra si.

A escolha do modelo italiano como exemplo de uma investigação preliminar mais moderna foi feita pelas semelhanças encontradas entre os dois sistemas - o italiano antes da reforma processual penal, e o sistema brasileiro atual.

Hoje a legislação da Itália se encontra um passo a frente em relação ao processo penal adotado no Brasil. A participação de mais de um magistrado durante a ação penal propicia uma maior isenção do juiz que decide em relação a toda a instrução processual, desde a investigação preliminar, passando por atos processuais intermediários, chegando então às mãos do juiz que decide o caso penal, não contaminado pela produção das provas e nem pelos debates realizados

anteriormente à sua participação. Este é o um modelo que pode servir de paradigma à reformulação da legislação penal brasileira.

Porém, para possibilitar a adequação do sistema de processo penal brasileiro, em especial o modelo de investigação preliminar, há a necessidade de uma capacitação dos advogados brasileiros, com possíveis alterações inclusive no Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, bem como por uma melhor estruturação das Defensorias Públicas, para que seja viabilizada o atendimento e a atuação defensiva em prol das pessoas mais carentes, que não conseguiriam arcar com os custos de uma defesa técnica constituída.

6) REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2018.
- BALDAN, Édson Luís. **Investigação defensiva: o direito de defender-se provando**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 15, n. 64, jan./fev. 2007.
- BRASIL, Decreto-lei nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm. Acessado em 09/11/2019.
- BRASIL, **Lei anticrime**. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Disponível em:
<https://www.justica.gov.br/seus-direitos/elaboracao-legislativa/projetos/anticrime-1>. Acessado em 10/11/2019.
- Câmara dos Deputados - **Projeto de Lei 8045/2010**. Disponível em:
<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/propmostrarintegra?codteor=831788&filename=PL+8045/2010>. Acessado em: 09/11/2019.
- Câmara dos Deputados - **Projeto de Lei 8045/2010**. Disponível em:
<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=490263>. Acessado em: 15/10/2019.
- COUTINHO Jacinto - **Introdução aos Princípios Gerais do DPP**, p. 163 - 198. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, a. 30, n. 30, 1998,

- COUTINHO, Jacinto - **Sistema acusatório. Cada parte no lugar constitucionalmente demarcado.** Brasília: Revista de Informação Legislativa, Senado Federal, ano 46, nº 183, p. 103 - 115, Julho - setembro / 2009.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; PAULA, Leonardo Costa de; SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da, (organizadores). **Mentalidade inquisitória e processo penal no Brasil: estudos sobre a reforma do CPP no Brasil: volume 4.** Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018.
- FAUZI, Hassan Choukr. **A reforma do processo penal no Brasil e na América Latina.** São Paulo: Método, 2001.
- FERNANDES, Antonio Scarance. **Rumos da investigação criminal no direito brasileiro.** Boletim do Instituto Manoel Pedro Pimentel, São Paulo, n. 21, 2002.
- LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**, 15ª ed. - São Paulo: Saraiva Educação, 2018, Edição do Kindle
- LOPES JR., Aury. **Sistemas de investigação preliminar no processo penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- MACHADO, André Augusto Mendes. **A Investigação Criminal Defensiva.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- MALAN, Diogo. **Investigação defensiva no processo penal.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 20, n. 96, maio/jun. 2012.
- SILVA, Franklyn Roger Alves. **Investigação criminal pela defesa -** Salvador, Editora JusPodivm, 2019.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, **Súmula vinculante 14.** Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1230>. Acessado em: 23/09/2019.